

ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO DO SERVIÇO SOCIAL DO COMÉRCIO –SESC – DEPARTAMENTO REGIONAL DE MINAS

Referente ao Edital de Concorrência Sesc em Minas nº 000024-24

Critério de Julgamento: Maior desconto linear

Processo de referência: nº 004001-07718

ABFAGUNDES ALIEMENTOS LTDA, pessoa jurídica de direito privado, número de inscrição no CNPJ 58.395.461/0001-90, com sede a Rua Salgado Filho, 548, Sala 01, Bela Vista I, CEP 38.600-482, na cidade de Paracatu-MG, neste ato por seu representante legal infra-assinado, tempestivamente o S.r. Adriano Batista Fagundes, devidamente qualificado no presente processo vem na forma da legislação vigente em conformidade com o art. 4º, XVIII da lei n.º 10.520/02, até vossas senhorias, para, tempestivamente, interpor:

RECURSO ADMINISTRATIVO

contra a decisão desta digna Comissão Permanente de Licitação que julgou classificada/habilitada a licitante MS COMÉRCIO LTDA, CNPJ nº 52.482.153/0001-16, ora aqui denominada recorrida, perante essa distinta administração do processo licitatório em pauta.

1. DO CAMBIMENTO DO PRESENTE RECURSO

O Direito de Peticionar no procedimento licitatório tem como fundamento legal na CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988, que dispõe:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:

- a) O direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder; (...).” É dessa garantia constitucional que decorrem as diversas formas de provocação da Administração Pública para o exercício do direito de petição, nesse sentido vejamos as palavras de Di Pietro¹: Dentro do direito de petição estão agasalhadas inúmeras modalidades de recursos administrativos. É o caso da representação, da reclamação administrativa, do pedido de reconsideração, dos recursos hierárquicos próprios e impróprios da revisão.

Seguindo esse entendimento, Carvalho Filho 2 afirma que:

O direito de petição é um meio de controle administrativo e dá fundamento aos recursos administrativos por que tais recursos nada mais são do que meios de postulação a um órgão administrativo. O instrumento que propicia o exercício desse direito consagrado na CF é o recurso administrativo.

[...] XVIII - declarado o vencedor, qualquer licitante poderá manifestar imediata e motivadamente a intenção de recorrer, quando lhe será concedido o prazo de 3 (três) dias para apresentação das razões do recurso, ficando os demais licitantes desde logo intimados para apresentar contra-razões em igual número de dias, que começarão a correr do término do prazo do recorrente, sendo-lhes assegurada vista imediata dos autos;

Ainda no mesmo sentido, a cláusula 14 do edital do Concorrência n.º 00024-24 reproduz o prazo legal:

14.1. Serão concedidos 02 (dois) dias úteis, após a divulgação do resultado da presente licitação no *site* do Sesc em Minas, para a apresentação de recursos pelas licitantes, o que deverá ser por escrito, assinado pelo representante legal da empresa e entregue na Comissão Permanente de Licitação do Sesc em Minas ou encaminhado via e-mail no endereço eletrônico: cplicitacao@sescmg.com.br.

Desta feita, tem-se que a presente manifestação administrativa instrumentaliza o exercício do direito de petição junto ao poder público e o positivado direito de recurso de decisão em procedimento de licitação.

2. DOS FATOS

No dia 13 de dezembro do ano 2024 ocorreu na Sede do Sesc em Minas, localizada na Rua dos Tupinambás, 956, Centro, Belo Horizonte/MG – CEP: 30120-906 a licitação de Concorrência de nº 00024-24 cujo objeto do presente é cessão onerosa de uso dos espaços de alimentação do Sesc Paracatu, para exploração comercial dos serviços de lanchonete e fornecimento de lanches para as atividades da Unidade, pelo período de 12 (doze) meses.

Durante o trâmite da licitação participaram 4(quatro) empresas, e após análise documental, foi sagrada vencedora a empresa MS Comércio Ltda, ofertando o maior desconto linear de 25%(vinte e cinco por cento).

A solicitante ao analisar toda documentação apresentada pela empresa vencedora MS Comércio Ltda, foi possível constatada irregularidades que abaixo apontamos

Tendo a licitante vencedora descumprido o item 3.1, o qual cita o seguinte: “Poderão participar da presente licitação, os interessados que estejam aptos ao objeto do presente Edital, e em condições de atender a todas as exigências deste Edital e Anexos. ”

3. DOS FUNDAMENTOS

3.1 DO OBJETO SOCIAL INCOMPATÍVEL COM O DA LICITAÇÃO

Em conformidade com farta jurisprudência do Controle Externo brasileiro, a orientação é de que a pessoa jurídica somente poderá ser habilitada e classificada quando o objeto da licitação for compatível com o seu objeto social, independentemente de qualquer outra exigência legal específica.

Nesse sentido, vejamos o quadro de atividades principal e secundária da empresa MS Comércio Ltda:

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL			
CADASTRO NACIONAL DA PESSOA JURÍDICA			
NUMERO DE INSCRIÇÃO 52.482.153/0001-16 MATRIZ	COMPROVANTE DE INSCRIÇÃO E DE SITUAÇÃO CADASTRAL	DATA DE ABERTURA 09/10/2023	
NOME EMPRESARIAL MS COMERCIO LTDA			
TÍTULO DO ESTABELECIMENTO (NOME DE FANTASIA) *****			PORTE EPP
CÓDIGO E DESCRIÇÃO DA ATIVIDADE ECONÔMICA PRINCIPAL 47.89-0-99 - Comércio varejista de outros produtos não especificados anteriormente			
CÓDIGO E DESCRIÇÃO DAS ATIVIDADES ECONÔMICAS SECUNDÁRIAS 47.55-5-03 - Comércio varejista de artigos de cama, mesa e banho 47.51-2-01 - Comércio varejista especializado de equipamentos e suprimentos de informática 47.81-4-00 - Comércio varejista de artigos do vestuário e acessórios 47.54-7-01 - Comércio varejista de móveis 47.53-9-00 - Comércio varejista especializado de eletrodomésticos e equipamentos de áudio e vídeo 47.72-5-00 - Comércio varejista de cosméticos, produtos de perfumaria e de higiene pessoal 47.63-6-01 - Comércio varejista de brinquedos e artigos recreativos 47.89-0-07 - Comércio varejista de equipamentos para escritório 47.83-1-02 - Comércio varejista de artigos de relojoaria 47.63-6-02 - Comércio varejista de artigos esportivos 73.19-0-02 - Promoção de vendas 47.59-8-01 - Comércio varejista de artigos de tapeçaria, cortinas e persianas 47.44-0-04 - Comércio varejista de cal, areia, pedra britada, tijolos e telhas 47.54-7-03 - Comércio varejista de artigos de iluminação 47.11-3-02 - Comércio varejista de mercadorias em geral, com predominância de produtos alimentícios - supermercados 46.32-0-01 - Comércio atacadista de cereais e leguminosas beneficiados 52.50-8-04 - Organização logística do transporte de carga 82.99-7-99 - Outras atividades de serviços prestados principalmente às empresas não especificadas anteriormente			
CÓDIGO E DESCRIÇÃO DA NATUREZA JURÍDICA 206-2 - Sociedade Empresária Limitada			
LOGRADOURO R MISTRAL (JD BOM CLIMA)	NUMERO 254	COMPLEMENTO EDIF THE POINT SL 209A	
CEP 78.048-222	BAIRRO/DISTRITO DESPRAIADO	MUNICIPIO CUIABA	UF MT
ENDEREÇO ELETRÔNICO MSCOMERCIOE@OUTLOOK.COM	TELÉFONE (38) 9727-2824/ (0000) 0000-0000		
ENTE FEDERATIVO RESPONSÁVEL (EFR) *****			
SITUAÇÃO CADASTRAL ATIVA		DATA DA SITUAÇÃO CADASTRAL 09/10/2023	
MOTIVO DE SITUAÇÃO CADASTRAL			
SITUAÇÃO ESPECIAL *****		DATA DA SITUAÇÃO ESPECIAL *****	

Como pode observar são atividade distintas, ao objeto da presente licitação, em comento, sem qualquer similaridade e compatibilidade com o item 2.1 do presente edital o qual cita:

2.1 Constitui objeto da presente licitação a Cessão onerosa de uso dos espaços de alimentação do Sesc Paracatu, para exploração comercial dos serviços de lanchonete e fornecimento de lanches para as atividades da Unidade, pelo período de 12 (doze) meses, conforme especificações constantes nos seguintes Anexos, partes integrantes deste Edital:

O motivo é que, ao dedicar-se a atividade de outra natureza, a licitante estará sujeita a regime jurídico diverso, inclusive no tocante à formalização de sua inscrição.

Tal cognição encontra respaldo em entendimento exarado pelo TCU, conforme Decisão nº 288/95 e Acórdão nº 1.021/2007.

A **Decisão nº 288/95** exarada pelo Tribunal de Contas da união determinou ao Tribunal Regional Eleitoral – TER/PR que adote medidas no sentido de evitar entre outras ocorrências, a participação de licitantes de ramo não pertinente ao objeto do certame.

O outro julgado invocado para ancorar o presente recurso trata-se do **Acórdão nº 1.021/2007 do TCU**, que no item 9.2 da decisão assim asseverou:

“9.2. condicionar o prosseguimento do Pregão Eletrônico AA nº 50/2006 à adoção das providencias necessárias à anulação da habilitação e da adjudicação do objeto ao Instituto Brasileiro de Difusão do Conhecimento (IBDCON), **ante a incompatibilidade do objeto licitado com as finalidades institucionais da entidade previstas no art.5º do seu Estatuto**, o que contraria o disposto no subitem 2.1, do Edital.”

Veja-se o precedente do TCU:

REPRESENTAÇÃO, CONHECIMENTO. PREGÃO DE MÃO-DE-OBRA. PARTICIPAÇÃO DE ENTIDADE SEM FINS LUCRATIVOS. INCOMPATIBILIDADE ENTRE O OBJEOT DA LICITAÇÃO E S OBJETIVOS SOCIAIS DA ENTIDADE PROCEDÊNCIA. MEDIDA CAUTELAR. DETERMINAÇÃO. FIXAÇÃO DE PRAZO PARA ANULAÇÃO DA HABILITAÇÃO E ADJUDICAÇÃO. ARQUIVAMENTO. **1. Inviável a habilitação de licitante cujo objeto social é incompatível com o da licitação.** 2. A contratação de empresa especializada em locação de mão-de-obra deve se restringir às situações em que as características intrínsecas dos serviços impossibilitem a contratação da prestação dos mesmos.

E mesmo que a empresa RECORRIDA tivesse em seu CNAE serviço compatível com o objeto da licitação, a Receita Federal do Brasil já se manifestou no sentido de que é o objeto social que prevalece e não o CNAE.

“EMENTA: SIMPLES NACIONAL. OPÇÃO. INDEFERIMENTO. ATIVIDADE VEDADA.PREVALÊNCIA DO OBJETO SOCIAL SOBRE O CÓDIGO DA CNAE. O objeto social, para efeito de certificação da atividade econômica explorada, prevalece sobre o código da CNAE. É insubsistente o Termo de Indeferimento de Opção pelo Simples nacional apoiado numa suposta base fática anunciada neste último, quando o objeto social aponta outra realidade. ” (Acórdão nº 10-44919, de 09 de julho de 2013).

Ao tratar o tema, a doutrina assim diz:

No entanto, sustentamos que os objetos sociais devem ser compatíveis com o contrato pretendido pela administração.

Se assim não fosse, os sócios poderiam questionar judicialmente determinados atos da diretoria da sociedade, causando contratempos injustificados à execução contratual, se forem desnecessárias. Isso não é excesso de formalismo, mas simples atendimento ao interesse público. É dever do Poder Público identificar interessados que estejam aptos a executar o contrato pretendido dentro dos limites legais.

Em um contrato, por exemplo, que vise à contratação de empresa privada de serviço de limpeza locais e prédios públicos, evidentemente que o interessado pessoa jurídica, cujo objeto social é a prestação de serviços na área de cuidados e tratamento de estética, não poderá ser habilitado; pois sua atuação deverá restringir-se aos limites estabelecidos em contrato social por seus sócios.

Por mais que não seja existente ou inválido, a realização de ato que extravasa tais limites do objeto social evidenciada, sem dúvida alguma, uma atuação irregular por parte da Diretoria da sociedade possibilitando questionamentos jurídicos.

Permitir a habilitação dessas pessoas jurídicas certamente não é condizente com o bom trato da coisa pública.

(PINHO, Cristiano Vilela de e GOMES, Wilton Luis da Silva, Licitações sob o ponto de vista dos Tribunais de Contas, São Paulo, Alameda Casa Editorial/Editora Didática Suplegraf, 2011, p.305)

Assim, Jessé Torres Pereira Junior se manifesta sobre o assunto:

“(…) Em síntese: não pode ser admitido a propor, impondo-se-lhe a inabilitação, o licitante cujo ramo de atividade não for compatível com o objeto do certame”.

(cf, in Comentário à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública, 8ª ed.Renovar, Rio de Janeiro, p.374).

Essa é a jurisprudência consolidada:

Entende o TCU que é viável a inabilitação de licitante que não tenha o objeto social compatível com o objeto licitado. (Acórdão 487/2014-Plenário).

Para reforçar a tese aqui defendida, a Lei de licitações e Contratos Administrativos, em seu artigo 29, inciso II, exige para fins de habilitação, que o licitante possua ramo de atividade pertinente e compatível com o objeto da licitação, o que foi fartamente provado que a empresa Recorrida não o possui.

Art.29 (...)

II – prova de inscrição no cadastro de contribuintes estadual ou municipal, se houver, relativo ao domicílio ou sede do licitante, pertinente ao seu ramo de atividade e compatível com o objeto contratual;

Portanto, com base no exposto acima, a empresa Recorrida MS Comércio Ltda deve ser inabilitada por não acolher ao objeto social licitado no item 2 – do Edital, não atendendo ao subitem 3.1 do Edital que cita:

“3.1 Poderão participar da presente licitação, os interessados que estejam aptos ao objeto do presente Edital, e em condições de atender a todas as exigências deste Edital e Anexos.”

Não obstante a empresa MS Comércio de Ltda não obedece ao subitem 8.1 que cita:

“Para habilitar-se, a empresa deverá apresentar, em uma via, preferencialmente: organizada em caderno, com numeração em todas as folhas, em ordem numérica crescente e relacionadas em folha índice a seguinte documentação:”

Diante desse precedente a RECORRIDA em momento algum seguiu o exigido pelo edital, onde, solicitamos a inabilitação da mesma, por não seguir o recomendado pelo edital.

Qualquer quebra do nexo entre o Edital e suas exigências, ensejará a desvinculação ao ato convocatório e mitigação ao julgamento.

Nesse sentido, a jurisprudência do TCU:

Zelee para que não sejam adotados procedimentos que contrariem, direta ou indiretamente, o princípio básico da vinculação ao instrumento convocatório, de acordo com os arts.3º e 41 da Lei nº 8.666/1993. Acórdão 2387/2007 Plenário.

4. DO PEDIDO

Em face do exposto, e, com base nos argumentos acima invocados, legislações, posicionamentos doutrinários e jurisprudências citadas, REQUER na forma da Lei, o acolhimento e provimento do presente RECURSO, e, por consequência não seja decidido pelo acatamento da documentação de habilitação apresentada pela empresa MS COMÉRCIO LTDA;

Por fim, seja devidamente motivada a decisão tomada, caso se entenda pela manutenção, por qualquer das formas previstas em lei, devendo o julgador

apontar os fundamentos de direito e de fato, conforme determinado pelo Princípio da Motivação dos Atos e Decisões Administrativas.

Nestes termos,

Pede deferimento.

Paracatu-MG 16 de dezembro de 2024.

ABFAGUNDES ALIMENTOS LTDA
CNPJ 58.395.461/00001-90